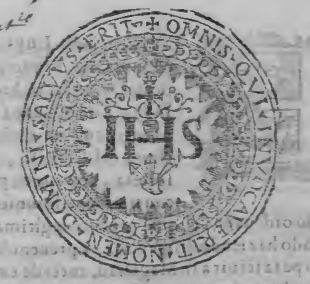


POR

D. IVANA MARIA MONTEXANO, VIVda de don Rodrigo de Cabrera y Luna, vezino de la ciudad de Alcala la Real.

EN EL PLEYTO

CON FRANCISCO DE Auila, como padre y legitimo administrador de doña Maria de Auila su hija.

En Granada, Por Francisco Sanchez, y Baltasar de Bolibar, en la calle de las Hileras, junto al Cañuelo de rexa que sale al Zacatin. Año de 1645.



L Licenciado Luys Lopez Montexano, siendo ordenado de Orden Sacro, huuo por su hija a doña Iuana Maria Montexano en doña Melchora del Castillo, muger soltera, con quien pudiera contraer matrimonio, no estando ordenado, el qual procuró legitimarla, y estando haziendo diligencias, y preuenido el dinero para seruir a su Magestad, antes de executar esta voluntad murió, mostrando en el articulo de su muerte sentimiento de no poder dexar su hazienda a la dicha doña Iuana su hija, la qual continuando la voluntad del dicho su padre, impetró rescripto de legitimacion, con las clausulas siguientes.

CLAVSVLA.

¶ Por la presente legitimo, y habilito, y hago legitima, y habil, y capaz a vos la dicha doña Iuana Maria Mõtexano, para que podays gozar y gozeys de todas las honras, honores, gracias, y mercedes, franquezas, y libertades, essenciones, preeminencias, prerrogatiuas, inmunidades, preuilegios, y otras cosas que como hija legitima de vuestro padre, de legitimo matrimonio nacida y procreada, pudierades auer, y os deuieran ser guardadas, aunque sean tales de aquellas cosas y casos que segun derecho deue ser fecha especial mencion, para que como hija legitima del dicho vuestro padre, los hijos que fueren de vuestro matrimonio legitimo ayan, y gozen, y tengan los mismos preuilegios que a vos os tocaren como hija de vuestro padre, y para que podays dezir y razonar en juyzio, y fuera del, todas aquellas casos, y casos que las de legitimo matrimonio nacidas y procreadas puedan dezir y razonar, que Nos de nuestra ciencia, y motu proprio, y poderio Real absoluto, de que en esta parte quiero vsar como Rey, y señor natural, no reconociente superior en lo temporal, os hago legitima, habil,

bil, y capaz para todas las cosas susodichas, y cada vna de ellas, y alço, y quito de vos toda macula, infamia, y defecto que por razon de vuestro nacimiento os pueda ser opuesto, y a los dichos vuestros hijos, en qualquier manera, en juyzio, ò fuera del, y os restituymos en todos los derechos, franquezas, mercedes, libertades, inmunidades, y otras cosas que pueden auer y tener aquel y aquellos que son de legitimo matrimonio auidos y procreadores. Y esta merced os hago de mi propria ciencia, y motu proprio, y mando os valga, y sea guardada en todo y por todo como en ella se contiene, no embargante qualesquier leyes, fueros, y derechos, y costumbres especiales, y generales que en contrario de esta sean, ó ser puedan, que yo por la presente las abrogo, y derogo, caso, y anulo, y doy por nulas, y de ningun valor y efecto.

1 ¶ Parece, q̃ el dicho Licenciado Luys Lopez Montexano, a el tiempo de su muerte, no pudiendo instituyr a la dicha doña Iuana su hija, hizo testamento; en el qual le mandó dos mil y tantos ducados, y del restante de su hazienda instituyò vn vinculo, llamando en primer lugar a doña Iuana Montexano su hermana, tia de la que litiga, y hizo otros llamamientos que constan por el testamento: y siendo vltimo possedor Lucas Lopez Montexano, sobrino del testador, y primo hermano de la q̃ litiga, que murió sin sucessìon viuiendo el suso dicho, la dicha doña Iuana, que litiga, tomó possessiõ de todos los bienes de su padre en contraditorio juyzio con el dicho Lucas Lopez Montexano, y aora muerto el susodicho, la dicha doña Maria de Auila, que pretéde ser nieta de Pedro Lopez Montexano, y viznieta de Martin Lopez Montejano, hermano del testador, pretende ser llamada y preferida en la sucessìon de estos bienes, a la dicha doña Iuana Maria Montexano, hija del testador.

2 ¶ Este pleyto tiene quatro partes principales. La primera, sobre la justificacion de la possession que tiene la dicha doña Iuana Maria Montexano, rompiendo y anulando el testamé-

to del dicho ſu padre hallandoſe habil, y capaz, con derecho de ſuidad, preterición, exheredaciõ, y de poſtumo.

3 ¶ La ſegunda, que la legitimacion es ſuficiente para ſuceder en el vinculo, excluyendo a doña Maria de Auila.

4 ¶ La tercera, que la dicha doña Maria no tiene prouada la deſcendẽcia de Pedro Lopez Montexano.

5 ¶ La quarta, que eſta cauſa no es ſumaria, ni de tenuta, ſi no ordinaria de poſſeſſion.

Primera Parte.

6 ¶ Quanto a eſta primera parte, que por virtud de la dicha legitimacion, y derechos referidos, aya de ſer amparada la dicha doña Iuana en la poſſeſsion judicial que ſe le dio por virtud del reſcripto de legitimacion, obtenido deſpues de la muerte de ſu padre, es concluſion cierta que tiene y goza como hija legitima del beneficio de la ſuidad, derecho de preterición, y exheredacion, y poſtumo, vt per Anton. Gomez, in l. 12. Taur. num. 64. Roxas, de ſucceſsionib. abinteſtat. cap. 23. à num. 44. ad 47. Couarr. lib. 4. variar. cap. 1. per totum, & in 4. de ſponſalibus, cap. 8. §. 8. num. 2. & §. 10. num. 1. ibi: *Legitimatum etiam rumpere patris teſtamentum.* Et num. 2. in verſ. *Præterea quam dicit commune*, Roxas, vbi ſupra, cõducit etiam diſpoſitio leg. 12. Tauri, & ibi Tello, num. 2. & l. 4. & 9. tit. 15. part. 4. & Gregor. Lopez, in dict. l. 9. in gloſſ. verbo, *todas las honras*, cõducit etiam doctrina Ioan. Gutierrez, in §. ſui, á num. 174 ad num. 178. Ioann. Fabr. in §. aliquãdo, num. 3. inſtitutis de nuptijs. Por manera, que la dicha doña Iuana es ſuceſſora de todos los bienes de ſu padre, tanquam in legitima debita iure naturæ, y por voluntad de ſu padre tan expreſſa y

tacita,

tacita, vt per Couarr. vbi supra, in vers. *Sed, & Iaso*, con Alciato, a quien refiere dicentes, que para esta sucession basta la voluntad tacita del padre, que à lege præsumitur, l. cõficiuntur, ff. de iure codicill. l. si quis nullum, C. eod. vt per eundẽ Couarr. in dict. vers. Sed, & Iaso, num. 16 & 17. dicens. *Quod hæc legitimatio proprie, & vera est, & non dispensatio, & ideò totum ius successionis paternæ restringitur ad eius voluntatem expressam, vel tacitam, quia legitimatio non est stricte interpretanda, atque ita hæc opinio venignior est.* Hasta aqui son palabras de Couarruuias, vbi supra. Con que queda ajustado el fundamento por esta parte.

Segunda Parte.

7 ¶ Dado caso que no se concede que la dicha doña Iuana no tuuiera derecho tan fixo para suceder en los bienes de su padre, rompiendo el testamento, como se ha dicho; adhúc, deue ser preferida en la sucession deeste vinculo, como inmediata sucessora, y hija legitima del dicho Licenciado Luys Lopez Montexano su padre, a la dicha doña Maria de Auila, que supone ser descendiente transuersal de Pedro Lopez Montexano, y viznieta de Martin Lopez Montexano, hermano del testador, y esto por dos razones. La vna, por el derecho de consanguinidad con el dicho Lucas Lopez Motexano, vltimo posseedor, primo hermano de la que litiga, el qual murió sin dexar sucession, Couarr. citatus à Molina, de primogenijs, lib. 3. cap. 9. nu. 1. Gamma, decis. 354. numer. 10.

8 ¶ La segunda razon porque llega a ser preferida la dicha doña Iuana excluyendo a el substituto transuersal, es por la fuerça y virtud de su legitimacion amplissima, concedida de plenitudine potestatis del Principe, que no reconoce superior, que es tan grande sobre el derecho pos-

 sitiuo,

sitiuo, como consta por las letras diuinas en el Eclesiastico, cap. 8. ibi: *Ego os Regis obseruo, & præcepta iuramenti Dei ne festines recedere à facie eius, nec permaneas in opere malo, quia omne quod voluerit facit, & sermo illius plenus est potestate, nec dicere ei quid quà potest cur ita facis.* Este lugar sobre el explicó Iuan Fernandez de la potestad Real del Principe de la tierra, y Lara, de Capellanijs, lib. 1. capit. 14. el qual añade diziendo: *Contra ius omnia potest, & eius voluntas sufficit pro lege, & quod vult pro facto habetur.* A este proposito son de notar las palabras de la ley 2. tit. 1. part. 2. ibi: *El poderio que el Emperador ha es en dos maneras, la vna del derecho, y la otra de hecho. La que a segun derecho es esta, que puede hazer ley, y fuero nueuo, y mudar el antiguo.* Y Gregorio Lopez, in gloss. verbo, *mudar*, inquit: *Nec ob hoc debet irreprehensibiles iudicari.* De donde se note, que el mudar, y quitar leyes, y hazer derogacion de ellas, es de derecho possitiuo, y ciuil, y assi quando procede de plenitudine potestatis de certa scientia, nihil opponi potest, quod anullet gratiam, & excludit omnem allegationem, Roland. á Valle, cons. 67. num. 3. & 32. & cons. 100. num. 27. 55. 56. 57. 58. volum. 4.

9 ¶ Conducit etiam doctrina eiusdem Roland. eodem volum. cons. 41. num. 21. ibi: *Secunda conclusio, quod quando restitutio est facta in plenaria forma extenditur etiam ad bona in alium translata, vt quod dicitur non obstante aliqua condemnatione, quam declarat irritam, & pro non facta ita, quod de ea non possit obijci, vt voluerunt Cardinal. & Immola, in dict. cap. quia diligentia, de electione: Qui dicunt, quod licet Princeps non possit sine causa aufferre ius quæsitum tertio, tamen potest ordinare quod ille tertius, non audiatur à suis magistratibus, & officialibus, & quod ab illis talis allegatio non recipiatur, moderando ipsorum iurisdictionem, l. 1. ff. de iurisdiction. omn. iudic.* Hasta aqui son palabras de Rolando, y cita Alexandro Cardinalem, qui inquit, sic de facto obseruari. Estas doctrinas conuienen con las palabras del rescripto, donde

dize:

dize: *Y alço, y quito de vos toda macula, infamia, y defecto que por razon de vuestro nacimiento os pueda ser opuesto, y a los dichos vuestros hijos, en qualquier manera, en juyzio, ó fuera del.* De lo qual bien se infiere que no se puede oponer a la dicha doña Iuana ninguna alegacion, ni oposicion que impida esta sucessió, ni pueda, ni deua ser remitida cõtra su capazidad, y gracia del Principe, y fundandose en su possession, y restitucion, como está en la legitimacion a el tiempo de su nacimiẽto, podrà replicar, quod excipiens non debet audiri, vt cum Felino, Socino, Parisio, & Ruino, resoluit idem Roland. vbi supra, num. 24. Y en el conf. 100. dize assi Rolã do: *Vbi ponitur de plenitudine potestatis nihil opponi potest, nec dici ei curita facis, & plenitudini potestatis, nihil resistit nam si libet licet, & plenitudo potestatis Principis nullis regulis iuris limitata est*, Roxas, in dict. cap. 23. num. 75. *Item potestas Principis absoluta, non est s[.]ũ lege, nec quo ad vinculum, nec quo ad obseruantiam de iure positiuo, vt ibi per eum.*

10 ¶ Scipion Redine, in pronituario iuris, tit. de clausulis, num. 11. & 12. dize assi: *Illud aduertendum est, quòd dum Princeps in concessione vel rescripto adiecit clausulam non obstantibus, ex hoc conijcitur voluisse actum valere quamuis contra ius sit, & tertio præiuditium inferat, & hoc præfactæ clausulæ virtus operatur, & cum alijs pluribus ibi relatis ab eo, inquit: quod si dubitetur an si voluerit Princeps cum effectu ius tertio auferre, inspiciendum est, an vti plenitudine potestatis voluerit cum effectu, vt si dixerit, non obstante lege, & hanc dicit esse communem opinionem cũ Ruino, Cephalo, Alciato, ab eo relati.* De esta clausula bien consta en el rescripto, donde dize: *No embargante qualesquier leyes, y derechos, &c.* Y Roxas in dict. cap. 23. num 74. inquit: *Vti autem voluisse cum facit actum, qui de potestate ordinaria fieri non potest, sed de plenitudine potestatis.*

11 ¶ Ponderase tambien para este caso la clausula de certa scientia, maximamente quãdo el Principe la afirma de plenitudine potestatis,

tis, como la ponderó Menochio, conf. 304. n. 28. & conf. 209. num. 11. Mafcard. conclus. 209. y latifsimamente Roxas, vbi fupra á num. 64. ad 66. donde afirma, que el Principe puede legitimar el efpurio, excluyendo el fubftituto, aunque tenga adquirido derecho de fuceder por virtud de efta claufula, Mēchaca, de fuccefsion. creation. §. 6. nu. 10 dize, que la claufula de certa fcientia excluye toda alegacion. Efta, y otras muchas razones y congruencias refiere Auendaño in l. 40. Taur. in gloff. 11. num. 25. & 26. y don Iuan de la Rea, tom. 1. decif. 8. á num. 1. cum pluribus.

12 ¶ La fuerça y virtud de efta claufula de certa fcientia es tanta quādo el Principe vfa de ella, que es vifto querer que valga la gracia, aūque refulte en daño del tercero, Felino, in cap. nulli, num. 11. in verf. *Fallit quarto*, de refcript. Alciat. regul. 3. præfumption. 11. nu. 12. Molina, de primogenijs, lib. 2. cap. 7. num. 16. cum Alexāder, Decio, Parifio, & alijs quos refert & fequitur. Y la razon es, que quando el Principe procede con certa fcientia del derecho del tercero, como quiere fuftentar el acto es vifto vfar de plenitudine poteftatis a quien equiuale la dicha claufula, vt per eundem Molina fupra num. 17. & 18. Y quando procede con eftas claufulas no fe le puede oponer al legitimado ninguna cofa que anule la difpoficion, y legitimacion, vt per eum num. 18. & 19.

13 ¶ Y ponderafe, que los feñores de la Camara, que defpacharon el refcripto, no ignoraron el efecto de eftas dos claufulas, y afsi corren feguramente los efectos de las claufulas del refcripto, y obran en fauor de efta parte, quia quādo Princeps facit actum de cōfilio procerum juzgaffe por hecho fuyo proprio, cap. cum à nobis, & ibi DD. de teftibus, notat Ifernia in cap. fin. de controuerfia, apud pares terminos Capicius, decif. 266. num. 7. Roland conf. 1. num. 84. volum. 2.

14 ¶ Tanta es la fuerça y virtud de la

clau-

clausula de plenitudine potestatis, que como se ha dicho es visto querer el Principe prejudicar el derecho del tercero, Menoch, consl. 203. num. 45. Alciatus, regul. 3. præsumption. 11. in fine, Couarr. lib. 3. variar. cap. 6. num. 7. qui post longam disputationem in vers. *Ea quidem ratione*, inquit: *Cũ illegitimi, & spurij sint incapaces successionis ex prohibitione legis humanæ, quam Princeps tollere potest cautissime in his fideicommissis, & maioratibus rem tractandam, siquidem vbi ad primogenium vocantur legitimi, & naturales satis erit vt illegitimi legitimati admittantur, quod ita rescripto Principis efficiantur legitimi, & potissimé si expressim ad successionem primogeniorum facti sint effecti legitimi.* Y a este proposito videndus est idé Couarr. vbi supra, num. 4. in versiculis incipientibus, *Secundo. Tertio. Quarto. Quinto*, donde trae muchos fundamentos.

15 ¶ Las clausulas de plenitudine potestatis certa sciencia motu proprio, insertas en esta legitimacion hazen verdadero legitimo ciuilmẽte, y no fingido, conforme a la doctrina de Roxas, in dict. cap. 23. num. 106. & Couarr. in 4. desponsalib. 2. part. cap. 10. *Quod adeò verum est, vt etiam sub stricta significatione, aut dispositione contineatur, veréque & propriè legitimus appellatur quasi mentio legitimorum facta fuisset.* Roland. volum. 3. consl. 83. num. 19. dicens: *Vbi casus verus, & fictus æquiparantur per modum regulæ dispositum in casu vero, etiam in casu ficto habet locum, quam dicit communem opinionem, & sic excludere substitutum.* Et Rursus in num. 40. inquit: *Legitimatus veré & propriè legitimus dicitur, vt etiam cõtineatur sub dispositione stricta, quæ legitimorum facit mentionem, cum esse legitimum non sit à natura, sed à iure communi positiuo.* Y Caualcano, 1. part. decis. 14. num. 6. inquit: *Legitimatus à Principe post mortem patris aufferi ius quæsitum ab illis, qui abintestato successerunt, quia censetur legitimatus ad illa bona non possessa, & retenta per ipsos venientes abintestato, licet ius adeundi habuerint, vel hereditatem solo animo adierint.*

16 ¶ No menos obra la clausula sola de motu proprio, porque como dize Alciato, regul. 3. præsumpt. 11. num. 7. 11. & 14. *Princeps in concessione potest tolere ius quærendum spe non approbata, quia túnc non potest dici tolli aliquod ius tertij, & præsumitur voluntas Principis facta concessione cum clausula ex motu proprio, & ex certa scientia.*

17 ¶ Que esta legitimacion, como se ha dicho, no tenga nada de ficcion, porque la ficcion siempre cae en aquellas cosas que induze cosa que de derecho no puede ser: pero la translatiua, como esta, que meramente consiste en derecho possitiuo, tiene su efecto en aquello que meramente es de iure. Dixolo assi Matienço in l. 10. tit. 8. gloss. 3. num. 8. lib. 5. Recopilat. por estas palabras: *Quia fictio inductiua, in his quæ iuris esse non possũt cadere fictio tamen traslatiua locum habebit de tempore ad tempus, in his quæ meri iuris sunt, vt retro quẽ fuisse in potestate, vel retro fuisse legitimum.* Et rúrsus, ibi: *Et constat in specie, quia legitimatio, & restitutio natalium fingens medio tempore non fuisse spurium, &c.* videnda ibi per eum.

18 ¶ De lo dicho se sigue, que el efecto de la gracia, y legitimacion, obra segun su causa, verdaderamente sin ficcion ninguna, pues el Principe es de quien toma su fuerça: y como dixo don Iuan de Larrea, tom. 1. decis. 8. num. 34. *Effectus dominantur à potentia causarum, & in primis requiritur ab illis potentia causæ.* Y assi siendo tan poderosa la causa, obra poderosamente.

19 ¶ Y dado caso que naturalmente, lo que no es, no pueda ser en essencia, puedelo ser en calidad verdaderamente con las calidades ciuiles que tiene lo natural, y assi el legitimado puede ser legitimo cõ las calidades del natural, vt Dom. D. Ioan. de Larrea, 1. tom. decis. 3. num. 15. porque el Principe es señor del derecho ciuil possitiuo, y sin fingir puede quitar la incapazidad que tenia el espurio, y assi se entienden la l. 4. tit. 15. partit. 4. ibi: *E en todas las honras, e las proes que han*

los

los hijos que nacen de casamiento derecho. Et in l. 9. eodem tit. ibi: *Tambien como los otros fijos legitimos que nacen de mugeres legitimas.* Y assi tambien se entienden las palabras del rescripto, ibi. *Como si fuera des hija legitima.* Por manera, que por relacion a natural legitimo goza el legitimado delas mismas calidades, vt in exemplo Aluar. Valasc. consultat. 12. donde dize: *Priuilegium concessum adinstar Senatorum priuilegiatus gaudet eisdem priuilegiisque concessa sunt Senatoribus.* Y es la razon, porque la calidad del legitimo natural está relatiuamente en el legitimado, l. si ita scripsero, ff. de hæred. instituẽd. l. penult. C. de institution. & substitution. quia relatum inest cum omnibus suis qualitatibus in referente, l. asse toto 77. ff. de hæredib. instituẽd. Ioan. Gutierrez, lib. 3. practicar. quæst. 66. num. 28. & latissimè Roderic. Suarez in l. post rem iudicatam, in declaration. leg. Regni, extension. 2. num. 2. Dom. Ioseph Vela, dissertat. 24. nu. 3.

20 ¶ Et Menoch. cons. 266. inquit. *Secundo suffragatur, quod legitimatus adeó veré & propriè legitimus dicitur, vt etiam contineatur sub dispositione stricta dispositionis, quæ legitimorum filiorum facit mentionem, atque lex disponens circa eaque iuris sunt veritatem continent, non fictionem,* l. si maritus, §. legis, vbi Bart. ff. ad legem Iul. de adulter. *Ergo is legitimatus dicitur veré legitimus, & comprehensus sub his verbis codicilli.* Y cita a Bartol. Alexand. Butrio, Aretino, Corneo, Martino Laudense, Angerio, Barbacia, Capicio, Iasone, Ruino, Socino seniore, & Socino iuniore, Croto, Bruno, Parisio, Fabiano, Iuan Circier. Veroio, Alciato.

21 ¶ Y Rolando, volum. 3. cons. 83. en terminos mas fuertes resuelue, que el hijo legitimado por gracia del Principe, excluye a la hija legitima natural, y dá la razon diziendo: *Cum in legitimatione sit verus status legitimorum, licet non sit verum principium,* idem tenet Azeuedo in l. 10. tit. 8. num. 2. lib. 5. Recopilat. dicens: *Quod excludit substitutum,* pro qua opinione citat Villalobos, dicen-

tem

tem hanc esse communem opinionem, tradit etiã Gregor. Lopez in dict. l. 4. tit. 15. partit. 4. in gloss. verbo, *todas las honras*, tenet etiam Roland. in dict. cons. 83. alegando a Butrio, dicentem: *Legitimatum per rescriptum, comprehendi in statutis facientibus mentionem de legitimis filijs quando facta fuit legitimatio restitutiua, vt quando dictum fuit quod restituatur primæuæ naturæ, adeó quod nihil differat aueris legitimis, ac si natus sit de vero matrimonio.* Et cum Verçio, & alijs Doctoribus dicit hanc esse veritatem, & in num. 14 dicit. *Hanc esse magis communem opinionem, atque ita fuisse iudicatum per Rotam Bononiensem.* Y dize mas in num. 5. *Quia aliquem esse legitimum, vel nõ pendet á iure, & in his quæ sunt iuris verba, quæ aliàs denotant fictionem, & in proprietatem, veritatem significãt.* Et in num. 19. dize: *Quod legitimatus facit deficere conditionẽ si sine liberis decesserit.* Y assi lo tiene Azeuedo num. 3.

22 ¶ Con esto quedan bastantemente calificadas aquellas palabras del rescripto, ibi: *Y os restituymos en todos los derechos, franquezas, libertades, mercedes, immunidades, y otras cosas que pueden y deuen auer y tener aquel, y aquellos que son de legitimo matrimonio nacidos y procreados*, y assi obran verdadera legitimacion por relacion, como se ha dicho, y no por ficcion, como resuelue Menoch. dict. cons. 266. num. 4. 5. & 6. & Roland. volum. 4. cons. 26 num. 8. & in num. 10. inquit: *Legitimatio est, quædã restitutio natalium, seu natalibus restituere*, sequitur Mascard. conclus. 324. num. 3. Y lo cierto, y regular en esta materia es, quod omnia iura loquẽtia de filijs legitimis, habent etiam locum in filijs legitimatis, Ioan. Gutierr. in § fui, num. 186. cũ Tiraquell. ab eo allegato.

23 ¶ De lo dicho tambien se ajusta el efecto de la retrotraccion al nacimiento que refiere la clausula citada del rescripto, en cuya confirmacion notanda sunt ea quæ Dom. Ioan. de Larrea refert disputat. 8. num. 4. ibi: *Et facta infieri posse, quo ad iuris effectus, & Principem facere posse, vt res*

factæ

facta habeantur pro infectis, per text. in l. qui in provincia 57. §. 1. ff. de ritu nuptiar. Tiraquell. de iure constituti. *Quia ratio est, quod in his quæ legis statutis potestati subijciuntur, idem est aliquid esse, vel haberi pro tali similiter existimandum contractum matrimonium ab initio, vel haberi pro contracto, & legitimationem retroacta.* Et num. 5. inquit: *Ea est vis retrotractionis.* Et ibi: *Idem operatur impedimentum haberi pro infecto, vt retro non extitisse credatur quibus opitulatur*, Roxas, in dict. cap. 23. num. 102.

24 ¶ Don Iuan de Larrea, vbi supra, dixo asi: *Vt quando ex concessione, aut gratia Principis reuertimur ad ius primæuum, quod antiquitus competebat, non potest conqueri is qui damnum, aut præiuditium sentit ex tali reductione*, allegat Anton. de Petra, de potestate Principis, cap. 28. num. 4. qui inquit: *Fictiones & retrotractiones habent vim lædendi tertium, & aufferendi vni quæsitum, & dandi alteri.*

25 ¶ De aqui es, que no se deue atender al estado antecedente, sino al presente de capazidad que tiene la dicha doña Iuana, porque la retrotraccion, siendo como es declaratoria, non requiritur habilitas in extremo, vt cum Baldo, Aretino, & Iasone, resoluit Cathelianó Cota, in verbo, *fictio*, y supuesto que la retrotraccion es de naturaleza translatiua, & de natura demonstrationis, ideò ea quæ veniunt per modum relationis verè & propriè inesse dicuntur, y por esso se refiere al tiempo del nacimiento la calidad de legitimidad, Cathelian. in verbo, *relationis*, ibi: *Et sic retrotractio, quæ refertur ad tempus, & qualitatem natiuitatis operatur tanquam veritas.* Y la diccion, *como*, que es lo mismo que, *tanquam non est nota impropriètatis, nec importat fictionem secundum mentem proferentis & subiectam materiam legitimationis, sed veritatem quo ad qualitates legitimorum*, Tiberio Deciano, tom. 1. criminali, lib. 5. cap. 4. num. 5. in fin.

26 ¶ De estas doctrinas se saca la verdadera razon de la que refieren Molina, de primogenijs, referido por el Padre Luys de Molina, in

tractatu 2. disputat. 62. num. 5. dicens: *Quando autem incapacitas erat ante mortem vltimi possessoris ante delatam vé successionem, ad alterum successorem vlteriorem alium, & simul restitutione Principis, aut alia ratione cessauit ante mortem eiusdem vltimi possessoris delatã vé successionem, ad vlteriorem alium propter eam incapacitatem: tùnc dicendum est: cum Molina, de primogenijs, & alijs quos citat consentanea, ad quorum sententiam loquitur Emanuel Acosta, in §. & quid si tantum, 2. part. num 24. & 52. Incapacitatem procedentem non impedire quominus, hic tempore delationis iam habilis succedat in maiorato; etenim in successione maioratus solum tempus mortis antecessoris, delationis vé eius maioratus spectatur, vt intelligatur quis in eo tanquam habilis, tùncque ad eum vocatus succedat, vtique is primo succedat, & præfertur cæteris.* Esto sigue Roxas dict. cap. 23. num. 55. 56. Ioan. Fabro, in §. in extraneis, per totum. Instit. de hæredum qualit. & different.

27 ¶ Aduiertese tambien la doctrina del mismo Molina, de primogen. lib. 3. cap. 3. nu. 38. & 39. *Quod legitimatio residet in persona legitimati ius autem succedendi est, quædam consequentia legitimationis.* Luego hallandose doña Iuana Maria Montexano habil y capaz por su legitimacion al tiẽpo que murió Lucas Lopez Montexano, vltimo posseedor, y en grado tan proximo al fundador, y al posseedor vltimo, por consequencia necessaria le toca la sucesion de este vinculo, y que ha de cõtinuarse en ella la possesion actual judicial que tomó, Paz, de tenuta, cap. 18. num. 5. ibi: *Nihilominus puto prædictam possessionem, aut ocupationem actualem continuari ab eo qui traditionem habet.* Et Menoch. cons. 274. num. 8. vers. *Respondetur.*

28 ¶ Mucha parte de la justicia de doña Iuana depẽde de la conjecturada volũtad de su padre, y aun expressa, y clausulas del rescripto, como refiere don Iuan del Castillo, lib. 5. controuersiar. cap. 106. num. 11. Auẽdaño, in l. 45. Taur. gloss. 8. num. 9. & in l. 40. gloss. 19. num. 2. & 4. refiriendo a Molina, que dize: *Vocatus ad maioratum,*

non

non solum dicitur is qui expresse vocatur, sed etiam is cuius vocatio ex coniecturis deducitur. Porque la voluntad conjecturada tanto vale como la expressa, l. cum proponebatur, ff. de legat. 2. l. inter vestras, ff. de auro, & argent. legat. Gregor. Lopez, in l. 28 gloss. fin. tit. 9. partit. 6. Paz, de tenuta, cap. 29. num. 19. & 20. & Menoch. in cons. 461. num. 31. & 32. in terminis huius casus inquit: *Sic enim verum est legitimatam excludere substitutum ex voluntate testatoris fideicommittentis, sicuti Gabriel, Cephalus, Decianus, & alij quos nunc referre, affirmant. Attamen voluntas haec dicitur tacita, & coniecturata, imo tamen expressa, recedimus autem a tacita, & coniecturata, a voluntate quando contrariae extant coniecturae.* Y en este caso no solo ay voluntad tacita, y conjecturada, pero expressa, y clara, por lo que consta de los autos, donde se prueva, que el Licenciado Luys Lopez Montexano, fundador, padre de doña Iuana, tratò de legitimarla, y tuvo prevenido el dinero para servir a su Magestad, y no pudiendolo acabar, prevenido con la muerte, en el articulo de ella hizo mucha demostracion de sentimiento de no poder dexar su hazienda a la dicha doña Iuana su hija: señales fuertes del amor paternal, y deseo de instituyrla en sus bienes, como con voluntad clara, y expressa, y tan fuerte como refiere Mascardo conclus. 415. à num. 32. ad 37. & conclus. 146. num. 20. Y es assi, quod voluntas pro facto reputatur, l. 4. tit. 4. partit. 1. & ibi Gregor. in gloss. verbo, *como si lo cumpliesse.* Bien corre la doctrina de Menochio arriba citado, y se sigue un implicito llamamiento de la dicha doña Iuana a este vinculo, Velazquez de Avendaño, in l. 45. Taur. gloss. 8. num. 9. & in l. 40. gloss. 14. num. 2. & 4. refiriendo a Molina en el lugar arriba citado.

29 § Hoc praemisso es de advertir, que en este caso no se halla voluntad contraria, antes como voluntad expressa, y palabras dichas al tiempo, y antes del testamento, comprehenden el animo del testador, Molina, lib. 2. cap. 5. num. 4. Y

como

como dixo Menoch. conf. 385. num. 23. *Verba sunt signa voluntas, signa autem species præsumptionis, & quidem non arbitrabitur quemquam dicere, quod non sentit*: l. labeo, ff. de supelectili legat. ibi: *Cæterùm nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitauerit*. Y esta sola conjectura sola basta ad inducẽdam vocationem, Menoch. conf. 333. num. 36.

30 ¶ Y si se replicare, que ya el testador declarò voluntad contraria por el testamento. Se responde. Lo vno, que la voluntad del padre de legitimar la hija, se continuó en ella impetrando esta gracia, y asi se presume, Menoch. lib. 4. de præsumptionib. præsumption. 89. num. 37. Lo otro, que esta misma voluntad tuuo quando instituyó el vinculo, vt per Menoch. supr. ibi: *Nisi dicamus patrem cogitasse, quod post mortem posset legitimari*, & in præsumption. 80. que pudo la hija, en continuacion de la voluntad del padre, despues de su muerte, impetrar la legitimacion, concurriendo las conjecturas y presunciones referidas, Boerius, decis. 22. num. fin. Y supuesto que no cõsta judicial, ni extrajudicialmente de contraria voluntad, no tiene duda lo referido, antes se presume voluntad continuada hasta la muerte con perseuerancia, l. eum qui voluntatẽ, ff. de probation. cap. maiores, de baptismo, Alciat. regul. 2. præsumption. 16. num. 2. Menoch. conf. 422. num. 76. Rolando, volum. 4. conf. 31. num. 10. Natta, conf. 47. num. 7. nec præsumitur variatio voluntatis, Menoch. conf. 244. num. 246. Mascard. cõclus. 1416. num. 1. & 2. & Gregor. in l. 28. tit. 9. partit. 6. in gloss. verbo, *cuydando*, vers. *Quamlimita*, Hermosilla, in l. 4. tit. 4. partit. 5. in gloss. 1. num. 46. conducit etiam Menoch. conf. 210. nu. 49. *Vbi in legitimatione ex voluntate patris, licet non instituerit spurium in testamento præsumitur eum legitimatum voluisse succedere abintestato*. Doctrina es esta que satisfaze a toda duda.

31 ¶ La presuncion legal sigue la predileccion presumpta del amor paternal, l. cũ acutissimi,

tissimi, C. de fideicom. l. cum abus, ff. de condi & demonst. l. 30. tit. 4. part. 10. la qual presuncion se tiene por plena prouança, Paz, de tenuta, cap. 19. num. 21. & 25. y en estos mismos terminos Angulo, de meliora in l. 11. gl. 6. nu. 8. quod hæc leges non præstãt fauorem posteritati extra nec, per gl. in verb. *Deinceps*, in d. l. cum acutissimi, & per gl in verbo, *Actio*, in l. 1. C. de donatio. caus. mor. quas dicit communes, lo qual procede no solo en los legitimos naturales, si no tambien en los legitimados, qui faciunt deficere conditionẽ si sine liberis, & fideicommissum secundum communem opinionem, quam refert & sequitur Ioa. Gutier. in §. sui, num. 82. Y quien duda que si oy resucitara el Licenciado Luys Lopez Montejano, y se le preguntara quien queria que sucediera en su vinculo, q̃ no prefiriera a su hija a la de Frãcisco de Auila, vt in simili est decisio. 19. capiti.

32 ¶ Estas son conjeturas y presunciones tan fuertes, que dellas resulta vn llamamiento de la dicha doña Iuana, q̃ obra como explicito y expresso, Paz, de tenuta, cap. 29. num. 36. cum Molina, Auendaño, ab eo relatis, y dixo Mieres, 2. p. q. 6. num. 71. *Illos quos testator prædilexisset, cẽsetur etiam prædilexisse in institutione*, & refert Bartol. dicentem: *Quod fistula magistralis ad omniũ maioratuum successionem est hæc doctrina*, y assi lo siente Grego. in d. gl. fin. l. 28. tit. 9. part. 6.

33 ¶ Tambien se considera en esta sucession la diferencia que hazen los Doctores entre los descendientes por linea recta, y los transversales, porque los descendientes del testador, como son herederos forçosos, tienẽ muy mayor derecho a los bienes suyos de qualquier calidad q̃ sean, que los transversales aliunde descendentes, y assi se considera respeto de estos transversales la libre voluntad del testador en la distribucion dellos, que no tuuo en los herederos forçosos, los quales facilmente prejudican a los transversales aunque sean llamados, Sarmiento, lib. 11. select.

cap.1 num.14 Molina,lib.3.cap.3.num.10. y a este proposito dize don Iuan de Larrea, 1. tomo, decis.8 num.5.estas palabras: *Licet aliquam differētiam considerent interpretes quoàd repræsentationē, & alia id tamen procedit circa eos qui omnino transuersales excluduntur, tam respectu fundatoris, quam vltimi possessoris, nō vero qui à primo fundatore descendunt.* Y el mismo in d. decis.8.num.52.cum Molina,& Anton.Gomez, inquit: *Id statuentes in iure, in spe per paternam stirpem descendentibus adquisitio, quasi aliud sit in alijs collateralibus ne lædatur legitimationis rescripto.* Y en fuertes terminos lo dixo Gama, decis.278.num. 16. Gregor. in l.2.in gl.verb. *El mas propinquo*, col.2. vers. *Quid si quis*, Auend. in l.40.Tau.n.3.

34 ¶ Pretendese por la parte cōtraria, que esta legitimacion solamēte fue para solas las honras, priuilegios, &c. y que no es bastante para suceder doña Iuana, excluyendo a doña Maria de Auila, pretensora deste vinculo. Satisfaciendo a este objeto. Lo primero, digo, que la legitimació es acto indiuiduo, q̄ no obra por parte solo, si no igualmēte para todo lo necessario al legitimado vniuersalmēte, siendo como es tan general y cōcedidas con tan exuberātes palabras, plenissima, y tan geminada, como consta de su contextura. y como dize Auendaño, in l.6.Tau.gl.1.num.15. seria cosa monstruosa, que no obrasse igual y cōformente, contra text.in l.4.§ Cato, ff. de verborum obligat. ibi: *Si id factum de quo cautum est indiuiduum*, & Molina, in d.lib.3.cap.3.num.38.& in cap.1 num.14.& in terminis Roland. volum.3. cons.67.num.39.dicens: *Legitimatus ad honores, & dignitates, excludit substitutum, & idem si sit legitimatus in omnibus, & per omnia, quia verba ista tantæ sunt substātiæ, quod inter duos subiecta non debet esse aliqua differentia.* Et Menoch.cons.345.num.55. dicens: *Verba in omnibus, & per omnia sunt plenissima ad quæ omnia comprehendunt*, per text.in l.2.§.furiosus, ff.de iure codicillorum, & operantur plenissimam relationē, & idem in cons.148.num.29.& in cons.323.n.

24.

24. dize: *Quod etiam in materia odiosa debent sumi, vt aliquid operentur etiamsi ius alterius laedatur*: destas palabras cõsta en el mismo rescripto para todas las cosas y casos. Et ibi *O; sea guardada en todo y por todo*, & Couarr. in d. § 8. vers. *Ego tamen*, dize: *Si vero esset illegitimus ex vitio, quod Princeps ipse tollere possit: verè legitimum esse cum partim illegitimus non maneat, imò perfectè legitimus sit*. Y Matienço in l. 10. tit. 8. gl. 3. num. 10 lib. 3 Recop. dize: *Tertio si legitimatio non retrotraheretur illud continuo, sequitur legitimatum aliquando quoque naturalem, & non legitimum, quod esset mõstruosum*. & idem ibi num. 18. conducit etiam doctrina D. Ioan. de Larrea, 2. tom. decis. 78.

35 ¶ Deinde aduertendum est a la diccion, *y*, que es copulatiua, y a la palabra, *otras*, como se rehere en el rescripto, ibi: *Y otras cosas que como hija del dicho vuestro padre de legitimo matrimonio nacida y procreada pudierades auer, las quales palabras son significatiuas de diuersos sugetos, diferentes de los precedẽtes de honras, &c.* y como quiera que la naturaleza de la conjuncion y copulatiua es juntar y trauar debaxo de vna misma disposicion y calidad materias y disposiciones diuersas entre si, l. si quis ita, ff. de condi. institu. l. quærellam, de simonia, & latissimé per Menoch. cons. 56. num. 35 & copulatiua requirit fundamentum in vtroque, Matienço, in l. 8. gl. 1. tit. 5. lib. 5. Recopil. Anton. Gom. in l. 47. Tau. n. 20.

36 ¶ La copulatiua tiene fuerça de extender, y no restringir, nec solúm verificatur in altero, si no igualmente en ambos sugetos y diuersos, para que caygan debaxo de la misma disposicion, y calidad de la gracia, Rolan. volum. 4. cons. 49. num. 5. & volum. 3 cons. 79. num. 22. item quando copulatiua inseritur subiecto generali, como en este rescripto, ibi. *Y todas las otras cosas y casos*, non copulat plures qualitates, sed plura subiecta non dependentia vnum ab altero, l. ea tamen adiectu, ff. de lega. 3. y de su naturaleza es irregular, in omnibus, & per omnia, Menochio, cons.

conf.59.num.56.Roland.in dict. conf.12.

37 ¶ Ponderanse tambien las palabras del rescripto, ibi: *Y mando os sea guardada en todo y por todo*, quæ verba in omnibus, & per omnia sunt plenissima, atque omnia comprehendunt, & operantur plenissimam relationem, Menoch. consil. 345.num.55 & cons.148.num.29. y se dà a entender, vt aliquid operentur etiam si ius alterius lædatur, idem Menoch. cons.123.n.47. & etiam habent locum in materia odiosa, vt ibi per eum: y assi si esta gracia del Principe no fuera mas que para honras, la disposicion quedara inutil, y sin efeto, cosa que en el rescripto del Principe no se permite, Menoch. cons.79.num.7. ni ha de auer palabra ni silaba vaga, idem in cons.392.nu.10. & cons.324.num.2.& Rolan volu.4. cons.79. num.39.& vol.3.cons.71.num.18.& 19. aũque sea disposicion odiosa, y de stricta interpretaciõ, Aluarado, de coniecturis, cap.1.§.1.num.4.Menoch.cons.19.num.8.& cons.310.num.11. ibi: *Verba cuiuscumque actus priuilegij, & dispositionis, ita debent intelligi, vt aliquid operentur etiam in materia odiosa, & strictissimé intelligenda*, & pro hac conclusione allegat plures Doctores, & in nostris terminis Menoch.cons.117.num.56.dize assi: *Secundo me mobet, quod nisi qualitas legitimationis repetita censeretur; in hac substitutione facta primogeniti agnati testatoris, dispositio inutilis redderetur*, y segun esto bien se sigue que doña Iuana no solo està legitimada por solas hõras, si no tambien para la sucession deste vinculo.

38 ¶ Suffragatur deinde hanc conclusionem, que las palabras tan generales de la gracia, es visto el Principe querer que valgan meliori modo quo potest, Felin. in cap. inquisitione, num.8.vers. *Secundo nota*, de acusatio. & in c. nonnulli, vers. *Ratio differentiæ*, num.22. de rescriptis, Rota, in antiquis, decis.33.n.16. de præbend. & in nobis, decis.32. Gonçal. in regul.8. Cancel. gl.9. §.3.n.23.& 24.

39 ¶ Item verba sunt accipienda in potiori

tiori significato, Dom. Ioseph Vela, dissertat. 1. num. 21. Menoch. conf. 61. num. 19. inquit. *Quod interpretatio est facienda in casu magis necessario.* Y lo regular es, que quando el acto se haze por quien tiene grande autoridad, es visto, aunque no lo exprese, tener voluntad, para que valga, meliori modo text. in l. 3. ff. de testament. militis, Abbas, in cap. cum causa, de election Ripa, in l. 1. §. si quis ita, ff. de verbor. obligat. y esto procede, no solo en palabras tan claras como las del rescripto, si no tambiẽ en caso duda, l. si tam angusti, ff. de seruituti. l. in via, ff. de seruitut. rusticor. Ripa, vbi supra: *Et licet Princeps non præsumatur, vti plenitudine potestatis si actus aliter non valet præsumitur vti ea,* conducit etiam doctrina D. Ioan de Larrea, decis. 53. num. 3. ibi: *Rùrsus ea interpretatio sumenda est, per quam plenius omni casu, & tempore prouidectur, quam conclusionem sequuntur alij plures ab eo relati.*

40 ¶ Ponderase tambien para la interpretacion de este rescripto la geminacion que tienen todas las clausulas del que induzẽ vna cierta demonstracion dela voluntad del Principe, y ampliacion de la gracia que haze, que por la repeticion dellas se considera la determinada y enixa voluntad del Principe, gloss in clement. 1. de rebus Ecclesiæ, in verbo, *Diœcesanis,* Rolãd. volum. 4. conf. 100. num. 63. & volum. 3. conf. 61. num. 39. Menoch. conf. 242. num. 11. ibi. *Vniuersalia & geminata quorum vis est, vt comprehendat etiam casus, qui aliàs non comprehenderentur,* quam sententiam sequuntur Roland. Cephal. ab eo allegati Ruino, Bursato, Craneta, & eleganter Chatelian. Cota, immemorabil in verbo, *geminatio,* el 3. ibi. *Vbi secunda interuenit consideratio, ibi plena præsumitur esse deliberatio, & geminatio verborum operatur, ne verba restringantur,* & Iaso. in specie legitimationis, idẽ tradit in l. 1. §. nuntiatio, ff. de nou. oper. nuntiat. & iterùm Roland. volum. 2. conf. 61. num. 15. inquit: *Geminatio verborum significat enixam intentionem, quia geminatio verborum comprehendit, & confirmat*

mat maiora, & disimilia expressis, idem tradit Menoch.consi.392.num.5.

41 ¶ Vltimamente, pro complemento huius articuli videndus est omnino, Roland. volum.4.consi.12.num.44 dicens. *Secundo respondetur tritissimum esse in iure, quod quando legitimans intendit super omni defectu dispensare legitimatio valet, quāuis omnes defectus non sine expressi, & specificati*, secundum Paul. de Castro, consi. 225. in fin. quem sequitur Veroius. consi.168.num.5.volum.2. vbi inquit: *Quod quando legitimans vult aliquem esse legitimatum, nedum attentis defectibus expressis, sed etiam si maiores defectus pateretur, prout impetratione legitimationis continetur, perinde est ac si expresse, & specialiter facta fuisset mentio de qualitate prædicta, & defectu, quo ille talis esse reperiebatur*: argument. text. in cap. ad agendum, cum ibi notatis de procurator. in 6. iterúm in cōsi.172.num.8. volum. eodem, Ruinus, consi.104.num.13 volum.3. & in consi.73. num. 12. vers. *Tertius est casus*, eodem volu. verba ait: *Quod quando per illum qui vult legitimari defectus illegitimitatis exprimitur isteud legitimationem tollitur, illud impedimentum specificum adiecta clausula generali, & alio quocumque defectu non obstante, quod per talia verba generalia, & vniuersalia, non potest dici, quod legitimans tantummodo habuerit respectum ad defectum natalium in precibus expressum, quia aliás dicta verba generalia, & vniuersalia, nihil operarentur contra legem si quando, ff. de legat. 1. sed dicitur habuisse respectum ad illud in specie, & ad alios in genere, & non modo cumulatiué, sed etiā distributiué, & sic voluit legitimare, siue defectus expressus adsit, & concurrat cum alijs, siue non adsit alius*: l. si hæredi plures, ff. de condition. & demonstration. hæc sunt verba Roland. dict. consi. 12.

42 ¶ Accedit deinde doctrina Roderic. Suarez in l. quoniam in prioribus, in declaratione legis Regni, in §. nono quæro, num. 8. nam verba in præuilegijs interpretanda sunt, vt valeant nec pereant, etiam si per ea aufferatur lucrum tertio, cap. si Papa, de præuileg. in 6. & per eum, ibi: *Quod*

Quod plus est reperimus in iure, vt aliquid operentur, ne dispositio reddatur inutilis esse impropriãda verba testatoris contra propriã naturam verborum. Y si esta doctrina corre contra el tenor delos testamentos, quanto mas en la interpretacion del preuilegio conseruando su propria naturaleza y significado en palabras tan claras como las de este rescripto, y que no reciben agena interpretacion de lo que suenan.

43 ¶ Resta satisfazer a la doctrina de Molina, de primogenijs, lib. 3. cap. 3. donde disputando la question latamente refiere la comũ opinion afirmatiua en fauor del espurio legitimado, la qual concede con estos requisitos: citacion de los interessados: causa justa, y publica derogacion de leyes: especial legitimacion para suceder en el mayorazgo: clausula de plenitudine potestatis, certa scientia, motu proprio: y con estas limita la opinion negatiua, y afirma la contraria en fauor del espurio.

44 ¶ Quanto a la citacion, que no fuesse necessaria auiendo clausula de plenitudine potestatis, con las demas contenidas en el rescripto, in primis tiene Menchaca, de succes. creation. lib. 3. §. 26. num. 106. Menoch. cons. 103. num. 41. Roland. volum. 1 cons. 61. num. 30. & volum 4. cons. 12. num. 12. cum alijs pluribus, idem Menoch de arbitrarijs, quæst. 52. num. 9. Roxas, de succesion. abintestat. cap. 23. num. 96. & Rolando, qui in cons. 4 num. 72. volum. 3. inquit: *Priuilegium quando conceditur, non est de more, nec de iure, quod citetur, quia est donum superioris,* & tenet cum pluribus à num. 69. ad 72.

45 ¶ Conducit etiam doctrina Iaso. in l. filius familias, §. Diui, dicens: *Illum qui ex post factum ius habere potest ob aliquem casum citatio non requirit,* & Gamma, decis. 278. dicens: *Quod in his quæ possunt fieri inuita parte citatio, non requiritur.* Y como quiera que la legitimacion es mera gracia, nadie es parte para contradezirla, Auendaño, in l. 40. Taur.

Taur.gloss. 11. á num. 21. ad 28. afirma, que sin citacion, ni otra causa serà valida la legitimació, y el legitimado deue ser admitido a la sucession del mayorazgo, aunque el tercero tenga adquirido derecho in spe, & in num. 21. inquit: *Quantum ad citationem ea ratione confirmatur, quia quando de plenitudine potestatis adque ex certa scientia procedens extraiudicialiter gratiam facit, vultque tertio præiudicare illius citatio non requiritur, quia illo inuito, & ignorate fieri potest*, pro qua opinione citat Baldũ, Alexand. Romanum, Capicium, cum alijs pluribus. Y la razon de esto dà Gregorio in l. 37. tit. 5. partit. 5. in gloss. verbo, *tuuiesse*, scilicét: *Quod pro facto Principis præsumitur extraiudicialiter procedentis*, idem tenet Roland. volum. 3. cons. 67. num. 57. & 58. dicens: *Quod clausula ex certa scientia tollit citationem, & quod idem operantur clausulæ de plenitudine potestatis, & non obstantibus.*

46 ¶ Sarmiento, lib. 1. selectar. cap. 8. inquit: *Citatio enim ad actus iudiciales adaptatur, non ad gratias quas Princeps facere solet, & sufficit ad excludendam citationem derogatio legum*, idem in num. 59. in vers. *Sublata fuit citatio.*

47 ¶ Et Gregor. in l. fin. tit. 15. partit. 4. gloss. 2. in fortioribus terminis inquit: *Quando extãt fratres legitimi, & naturales, & fit legitimatio post mortem patris* (como en este caso) *non requiritur citatio eorum, si habet clausulam non obstante.*

48 ¶ Y Rolando, volum. 3. cons. 1. nu. 67. inquit. *Rescriptum ex certa scientia remouet omne obstaculum, maximé si habet clausulam de plenitudine potestate*, & laté Cathelian. Cota, in verbo, *legitimatio*, el 4. & Roland. volum. 1. cons. 3. num. 120. ad 151. dicens: *Quod citatio non requiritur in præuilegijs habilitationis, quia Princeps, sicut potest legem condere, sic etiam est in eius potestate concedere præuilegia nemine citato*, & Boerius, decis. 120. num. 7. dicens: *Id de facto seruari.*

49 ¶ Menoch. cons. 161. nu. 385. post alios plures inquit: *Principis facto nihil posse contra obijci*

obijci cum de plenitudine potestatis procedit, & hoc casu necessariam non esse citationem eius, de cuius detrimento agitur. Y con esto se responde a Molina, y a don Iuan de Larrea, decis. 8. num. 93. que dize, que en todo rescripto se entiende la clausula de citacion porque habla en el de simple legitimacion donde no ay estas clausulas como en este.

50 ¶ Requiere tambien Molina justa, y publica causa, y que esta no sea necessaria en este caso, y con estas clausulas, tiene Menoch. dict. consil. 103. num. 39. & Rolandus, volum. 1. conf. 3. num. 20. & 21. sufficit enim pro causa voluntas Principis, gloss. in l. relegati, in fin. ff. de poenis, vbi additio Bart. Alexand. lib. 1 cons. 2. num. 20. Felinus, in cap. non nulli, num. 4. de rescript. Hippolytus, in notabil. 6. Couarr. in quarta de sponsalibus, 2. part cap. 6. num. 10. quod procedit maximé vbi derogatur iuri positiuo, Iaso in l. quominus, num. 6. & 7 ff. de flumin. Aymon, cons. 241. vers. *Ex quibus*, y lo notó Roland. supr. num. 130. *Principi ex certa scientia potest contra ius, & supra ius, & etiam potest super omnia, & mutare quadrata rotundis.*

51 ¶ Esta doctrina sigue Roxas in dict. cap. 23. num. 11. 13. & 58. diziendo, que la legitimacion que el Principe haze no necessita de causa, porque en aquello que es de iure positiuo, sola la voluntad del Principe se tiene por justa causa, & sufficit pro ratione voluntas, y que no se admite prouança en contrario, idem sequitur Capicius, decis. 116. num. 8. Roxas, vbi supra, num. 13. 14. & 15. & Menoch. cons. 19. num. 22. cum aliis ab eo citatis, dicens. *Quod enixa voluntas Principis habetur pro iusta causa.* Esta voluntad deliberada, y enixa bien lo muestran las clausulas del rescripto, particularmente donde dize, *de que en esta parte quiero vsar*, y quando el Principe no fue informado del derecho del tercero, como en este caso, por no ser necessario para la legitimacion, presumese que el Principe vso de plenitudine potestatis ad

hoc,

hoc, vt actus valeat, & non pereat, ita Menoch. cum alijs, de recuperand. possess. respons. 2. numer. 147.

52 ¶ Y considerese que doña Iuana siruio a su Magestad cõ cierta cantidad de donatiuo para las necessidades publicas, que fue bastante causa: demas de que importancia es al bien publico de el Reyno, ó de la ciudad de Alcala, que este vinculo lo possea la vna, ò la otra parte: y bien publico se entenderá como el caso del consejo 103. de Menochio, por la grauedad del, entre la Magestad del Emperador, y el Conde Scipion Flisco, y la Señoria de Geuoua, sobre señorio de Republicas, en que pudo auer tan grandes inconuenientes y daños de ellas: pero en este caso basta que se imagine en el principe qualquiera causa, Auendaño, vbi supra, num. 23. Esta misma distincion hizo Capicio, decis. 51. num. 13. & 14. & in decis. 69. num. 13.

53 ¶ Quanto al requisito de la derogacion de leyes, bien ampliamente consta por el rescripto tan vniuersal como suena, la qual el Principe, como soberano señor del derecho positiuo, puede hazer, Roland. volum. 1. consi. 3. nu. 124. y siendo general, obra assi generalmente derogacion de todas quantas leyes que pudieran impedir el derecho de esta parte legitimada: quia per verba ista censetur extinctũ omne vitiũ de iure positiuo, y suple toda incapacidad, Roland. volum. 4. cons. 35. num. 21. & verba generalia generaliter sunt intelligenda, idem Roland. cons. 10. nu. 7. volum. 4. Matth. de Afflict. decis. 319. num. 3. *Et debent intelligi, ita vniuersaliter, vt non restringantur ad aliquem casum, sed comprehendunt aliquem quemcumque*, Menoch. cons. 327. num. 45. *Multum enim operatur illud signum vniuersale ad ampliandam concessionem*, Roland. volum. 2. cons. 79. num. 36. *Nec recipiunt restrictionem vllam*, Afflict. decis. 403. num. 11. & 12. *Et hoc inhabilitate iuris positiuique comprehenditur sub stricta dispositione*, & Menoch. in

cons.

conſ. 306. num. 15, inquit: *Vbi verba ſunt vniuerſalia, & ſæpius repetita, comprehendunt omnem, & quemcumque caſum, alioqui ipſa vniuerſalitas nihil operaretur.* Todas eſtas circunſtancias y repeticiones tiene la derogacion hecha en eſte reſcripto, como del conſta, y ſe confirma con la deciſion de Matth. de Afflict. 195. ibi. *Quia in dicto priuilegio ſunt verba æquipolentia, videlicet, non obſtantibus omnibus legibus, & conſtitutionibus, & quibuſvis in contrarium facientibus, quæ clauſula derogatoria generalis tantum operatur, quantum derogatoria ſpecialis in materia iſta legitimationis* Eſta miſma concluſion ſigue Iuan Gutierrez in l. nemo, num. 161. Couarr. in 4. de ſponſ. 2. lib. cap. 8. §. 9. num. 6. y como ya ſe ha dicho lo abraçò todo Roland. volum. 4. conſ. 12. num. 44 ad 46. Por manera que eſta derogacion quita todas las dudas y dificultades que cõtradigan la juſticia de doña Iuana Montexano.

54 ¶ Eſto ſe confirma tambien ponderando el termino, no embargante qualeſquier leyes, porque eſte termino, qualeſquier, adeò ampliat diſpoſitionem, vt comprehendat caſus diſsimiles, gloſſ. in clement. 1. de re iudicata, per quã ita tenet Gamma deciſ. 18. num. 1. cum alijs.

55 ¶ Requiere tambien Molina, que ſe haga en el reſcripto eſpecial mencion: para eſto ſe deuen ponderar las palabras del, ibi: *Aunque ſea de aquellos, y caſos que de derecho requieren eſpecial mencion.* Las quales tienen fuerça de eſpecial y expreſſa mencion del caſo para lo neceſſario, conforme a derecho: conuiene a ſaber, que legitima a la dicha doña Iuana para ſuceder en eſte vinculo, porque eſtas palabras, *ſiue proferantur à lege, ſiue à Principe*, tienen fuerça de eſpecial mencion, Menoch. conſ. 71. num. 19. & 20. Matth. de Afflict. deciſ. 220. num. 17. Chatelin. Cota, in verbo, *clauſula*, el 3. verſ. *Sexto notandum*, Couarr. 2. part Rubric. de teſtamentis, in verſ. *Rurſus*. Et in verſ *Secũdum etiam*, num. 20. maximamente quando ay clauſula de motu proprio, vt ibi per eum. Cõ eſto ſe ſatisfaze

tisfaze bastantemente a todos los requisitos que pidio Molina vbi supra.

56 ¶ Don Iuan de Larrea, 1. tom. decis. 8 num. 76. cócluye siguiendo a Molina en la opinion comun por el espurio. *Procedere quoties manifesté, & sine dubio constitit velle Principem, vti hac potestate, & iuri tertio quæsito lædere.* Esta dificultad se uence facilmente con lo que se ha dicho de la fuerça de la clausula de plenitudine potestatis, &c. que son tan exhuberátes y significatiuas de enixa voluntad, como se ha prouado, y especialmente donde dize: *Y Nos de nuestra ciencia, y motu proprio, y poderio Real absoluto, de que en esta parte quiero vsar como Rey y señor natural, no reconociente superior en lo temporal, &c.* Delas quales palabras se cólige la voluntad declarada para prejudicar al substituto, Alciatus, regul. 3. præsumption. 11. num. 13. & gloss. marginalis, ibi litter. A. Gamma, decis. 278. nú. 17. ibi: *Nec obstat requiri expressam declarationem voluntatis Regis ad præiudicandum venientibus ab intestato, quia satis videtur expressa voluntas, propter clausulas ex certa scientia, & de plenitudine potestatis,* Mascardus etiam conclus. 209. num. 11. & 12. gloss. in clement. 1. de rebus Ecclesiæ, in verbo, *Diœcesanis*, y lo demas que se ha dicho dela geminacion, la qual sola es muestra de enixa voluntad, y excluye qualquiera duda de la intencion, l. Valista, ff. ad Trebelian. l. 1. ff. de ædilitio edicto, ibi: *Ego puto ædiles, idem dixisse ne qua dubitatio superesset.*

57 ¶ Y porque en el testamento llamò hijos legitimos, se satisfaze con la doctrina de Menoch. cons. 459. num. 37. donde dize, que el testador que llamó hijos legitimos fue visto llamar tá bien legitimados, y está prouado bastantemente ser verdaderos legitimos, vt supra.

58 ¶ En confirmacion de esta pretensió se hallan casos juzgados en fauor delos legitimados, Menoch in cons. 227. dize assi: *Quinto accedit venerandi consilij patabini responsum, vbi aliquando referente,* Mantica, lib. 1. cons. 191. *Responsum fuit legitimatum*

timatum etiam per rescriptũ succedere, etiam in fideicommisso relictis filijs legitimis descendentibus legitimo natis, & procreatis (caso harto riguroso) y Gama, decis. 228. refiere otra sentencia en caso de fuertes terminos, que fue auiendo en el rescripto de la legitimacion clausula sine præiudicio venientium ab intestato, & tandem se juzgo la causa en fauor del legitimado.

Tercera Parte.

59 ¶ La parte de D. Maria de Auila pretende, que esta causa sea de possession sumarissima, y con ignorancia del Abogado, que sea tenuta, contra la naturaleza deste juyzio, y de la ley 9. tit. 7. lib. 5. Recopilat. siendo assi, que es (si bien possessorio) ordinario, respeto de la possession judicial que se dio a la dicha doña Iuana: y qualquiera de los remedios possessorios trae cõsigo mezclada la propriedad, Molina, lib. 3 cap. 9. & Auendaño, in l. 45 Taur. in glos. 5. num. 3. Menoch. cons. 422. num. 24. Y es la razon, porq̃ qualquiera pretensor de mayorazgo tiene obligacion de legitimar su persona, y prouar ser sucessor del, & in hoc iudicio, siue adipiscendæ, siuè retinendæ, siuè recuperandæ se admiten excepcepciones proprietatis, vt per Molina, supra nu. 12. 13. & 14. & tanquam attinentes negotium principale, debent probari incontinenti, l. 27. tit. 2. Part. 4. Parlado, 2 part. cap. 5. num. 7 Y dirasse prouar incontinenti, quando se prueua dentro de los terminos ordinarios del derecho, l. 2. tit. 14. Part. 6. & Gregor. ibi, in gl. verbo, *Que le entreguen*, & in l. 3. in glos. verbo, *Probar*, Mieres, 3 part. quæst. 11. num. 12. Molin. [illegible] cap 13. à num. 12. Ioan. Gutierrez, cons. 4. num. 3. & 9. Mascard. conclus. 1296. num. 13. y aun quando fuera causa de tenuta tambien tiene mezclada la

causa de propriedad, Paz, de tenuta, cap. 29 num. 27. De que se sigue, que siendo juyzio ordinario, se deue proceder como tal, Noguerol, tomo 1. allegatione, num. 172. & allegatione 26. num. 344. advirtiendo que habla en juyzio retinendæ, que es el que compete a esta parte, y assi lo notò Mantic. in dict. l. 9. glos. 2. & ibi Azeuedo, & Paz, cap. 31. num. 31. & 32. y para esto basta la possession, aunque sea dada por decreto injusto, porque basta qualquiera color, ô detentacion para ser amparada, Paz, cap. 9. nu. 4. & 5. y dize que ha lugar en este caso el atentado como se pide: y como ya está dicho, supuèsta la possession judicial desta parte, y que ni huuo violencia, ni despojo en ella, se admite la prouança incontinénti, vt per glos. in l. si de vi, in fine, ff. de iudicijs, & ex pluribus obseruat Menoch. de recuper. rem. 1. num. 239.

60 ¶ Y es de aduertir, que en este pleyto no solo se à tratado el juyzio possessorio, si no tambien el de la propriedad, que es la questiõ iuris: conforme a esto, constando de lo vno y otro, no es necessario hazer dos juyzios, vt per text. in l. si is à quo, ff. vt in possessionem legato, ibi: *Si is à quo satis petitur offerat cognitionem, & dicat hodie constat hodie agamus, dicendum est cessare satisdationem cum possit ante de fideicommisso, quam de satisdatione cogantur.*

Quarta Parte.

61 ¶ Como está ya apuntado, qualquiera pretendiente de mayorazgo deue legitimar su persona por filiacion y descendencia, y assi esta calidad y excepcion opuesta, precede como dilatoria, o concurre con la causa principal, c. tuam, de ordi. cogni. l. & 2. C. eodem, & C. de ordi. iudicior. y assi se deue prouar suficientemente (particularmente en este caso) como se dirà en forma

de

de juyzio previo, Couarr. in epito. de spensal. c. 8. §. 3. à num. 1. cum seqq. y en el num. final pone la forma como se han de interrogar los testigos, qui est omnino videndus, & refert Auendaño, in l. 45. Taur. gl. 8. num 8. qui sequitur Rolan. Decium, Cephalum, cum alijs, in vers. *Hinc prorsus*, & Couarr. supra num. 8.

62 ¶ Mascard. in conc. 787. & 788. n. 4. 5. 6. & 34. dize assi: *Vera probatio patris est, si Vir, & mulier essent solis in carceribus detenti sub diligentissimis custodibus, & ibi steterint per annũ post illum q; reperiatur mulier prægnans, & testes custodes deponant, neminem aliũ ingressum fuisse, nec ingredi potuisse, quin ipse viderent attendendo*, pues al rigor desta prueua, y a la forma que pone Couarr. vbi supra, se conoce bien la flaqueza de la prouança de la parte contraria, a lo qual no obsta la regla general de la ley filium, cũ diffinimus, y la de Mascardo, vbi supra, que dize que basta la prouança presumptiua, porque esto entiende quando las presunciones son legales, & non hominis, como el mismo resuelue supra nu. 12. y Menoch. lib. 2. de arbitrar. cent. 1. casu 89. num. 12. De que se sigue, que aunq̃ huuiera cohabitacion entre Bartolome Lopez Montejano, y Maria de la O su muger (que no huuo) esta sola no bastára, nisi tractatus, & nominatio simul cõcurrerent cum cohabitatione, vt per Couar. sup. num. 6. & 7.

63 ¶ Item, la prouança presumptiua de filiacion no basta quando se trata (como en este caso) de quitár bienes al posseedor adquiridos del testador, Mascard. concl. 799. num. 11 el qual en mas fuertes terminos dize assi: *Quando filius vult auferre hereditatem ab alio, non sufficit probatio præsumptiua per nominationem, & tractatum.* Luego quando el transuersal trata de quitallos a la hija, mejor procede esta conclusion.

64 ¶ Menoch. dicto casu 89. num. 9. dando regla cierta en el caso, dize assi: *In indicijs tamen*

tamen obseruare solemus. Primò illum esse natum, ex viro & vxore simul commorantibus, scientibus vicinis. Secundò sic habitum fuisse à patre, & tractatum. Tertiò sit appellatum, & nominatum. Quartò sic ab omnibus communi vo.e, & fama habitum.

65 ¶ Siendo pues assi, que doña Maria de Auila es transuersal en grado remotissimo, q̃ pretende ser viznieta de Martin Lopez Montejano hermano del testador, y que pretẽde quitar los bienes a doña Iuana su hija, es fuerça que la dicha doña Maria aya de auer mayor prouança de la que tiene con todos los requisitos necessarios referidos.

66 ¶ Doña Maria de Auila tiene la prouança de su descendencia tan falida, como consta de los autos, porque le falta de la cohabitaciõ de sus padres, porque està prouado cõ muy idoneos testigos de vista, que Bartolome Lopez Montejano, de quien pretende ser nieta, se embarcó en Cartagena de Leuante en año de seyscientos y cinco para Oran, de donde no cõsta auer buelto si no muerto alli el año de nueue, y Maria de la O Cano parió a Ana madre de la dicha doña Maria el año de ocho: y assi aunque al tiempo del Baptismo la madre la nombró por hija de Bartolome Lopez Montejano, no bastò, Couar. in 4. cap. 8. §. 7. num. 1. vers. *Ex quibus infertur*, ni tampoco es cosa verisimil, que auia de dalle padre ageno, y adulterino, si no al marido legitimo, aunque estuuiera ausente.

67 ¶ De lo dicho se conuence la poca prouança de la parte contraria, & per consequẽs el lugar que tienen contra ella las disposiciones del derecho, §. fin. de ea quæ parit vnde menſe, l. 4. tit. 23. part. 3. y la doctrina de Menoch. lib. 5. præsumpt. 51. & lib. 2. cent. 1. casu 89. num. 32. & habetur in l. 9 tit. 14. part. 3.

68 ¶ Descendiendo, pues, a la prouança de la dicha doña Maria de Auila los testigos padezen

dezen las tachas que constan por el processo : y supuesta la ausencia de Pedro Lopez Montejano, no se prueua que desde el año que se ausentò, que fue el de seyscientos y cinco boluiesse mas a Alcala: y solo vn testigo que lo dize, que es Maria de Martos, tia de la parte contraria, dize, que es verdad que se fue, y bolvió a Alcala, y q̃ se bolvió a ir, es singular, y parienta. Y es mucho de notar, que siendo los testigos gente del campo tengan noticia y conocimiēto del preñado de tres o quatro meses, y que no aya vn hombre de capa negra, ni aun sus mismos testigos, que digan q̃ bolviò Pedro Lopez Montejano: de que se sigue, que estos testigos q̃ no deponen verisimilmente sean sospechosos de falsos, Mascard. concl. 1402. n. 8. ibi. *In primis igitur, quia testis non deponens verisimilia, non probat, sed vehementer de falso suspectus.*

Con esto, señor, me parece que se satisfaze a las dificultades opuestas a esta parte. Salvo el mejor sentir de quien mejor lo sienta.

El Licenciado Iuan de Villodres.